

# A Publicização da Noção de Pessoa Jurídica como Fator de Construção da Dogmática do 'Estado de Direito'.

*Maren Guimarães Taborda*

Assessora Jurídica do Município de Porto Alegre - SMF. Professora de História do Direito e de Direito Romano na PUC-RS e UNISINOS. Mestranda em Direito Público na UFRGS.

## INTRODUÇÃO

**P**essoa', segundo a teoria tradicional do direito civil, é uma criação do Direito para designar sujeitos de direito, isto é, quem tem aptidão para ser sujeito - potencial ou atual - de relações jurídicas. Enquanto noção técnica, começou a ser utilizada no medievo e só se tornou precisa em correlação com a de 'sujeito de direito', operada pela Pandectística, no âmbito do direito privado. A identificação entre as noções de 'pessoa' e de 'sujeito de direito' em um só conceito, o de personalidade ou capacidade de direito, entendido como capacidade de possuir direitos e obrigações, remonta à filosofia prática de Kant,<sup>1</sup> e seu centro é o conceito de dever, que se revela pelo discernimento moral (no qual a necessidade prática expressa na lei moral implica a existência de liberdade)

e o de 'relação de dever', que põe, de um lado, o obrigado e, de outro, aquele para quem o dever existe e que é, no caso do dever jurídico, o titular dos direitos subjetivos respectivos. Os representantes da filosofia clássica alemã, ao adotarem a concepção kantiana de pessoa, deram-lhe, contudo, uma nova dignidade, no sentido de conceber os direitos subjetivos como atributos necessários do homem enquanto pessoa - ser dotado de liberdade -, na medida em que eles garantem o seu agir autônomo.

A expressão 'sujeito de direito', por conseguinte, designa o complexo de direitos e deveres, cuja unidade é expressa figurativamente no conceito de 'pessoa'. 'Pessoa' (natural ou jurídica) é, então, uma unidade personificada de normas jurídicas que impõem deveres e conferem direitos.<sup>2</sup> Na maioria dos países que ado-

<sup>1</sup> Cf. STRANGAS, Jean. Les implications philosophiques de la notion de sujet de droit. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 1990, p. 128. Segundo o autor, (pág. 131) a concepção kantiana de sujeito de deveres e obrigações jurídicos parte de sua concepção de personalidade, em que esta, componente da liberdade do 'homem fenomênico' - o obrigado em geral - aparece como uma grandeza invariável. Dado que, em Kant, todos os homens são iguais na medida em que são sujeitos da lei moral e dotados de liberdade, todos têm acesso, da mesma forma, aos direitos subjetivos. Daí a identificação da personalidade com a capacidade jurídica (com a capacidade de ter direitos e obrigações), que se manifesta no Código Civil Alemão.

<sup>2</sup> Cf. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, pp. 236 e ss.

tam o sistema de direito romano-germânico,<sup>3</sup> as pessoas jurídicas têm sua natureza descrita conforme imputações de direito privado ou de direito público. No plano do direito público, o Estado - a organização política da sociedade - é concebido como uma pessoa jurídica (sujeito de direito) que atua através de seus órgãos, construção que se operou definitivamente na doutrina germânica, na segunda metade do séc. XIX, em consequência da publicização da problemática da personalidade jurídica.

Através da transplantação da noção pandectística de pessoa jurídica, os juspublicistas alemães fizeram do princípio da personalidade do Estado o ponto de partida e a base de toda a construção jurídica do direito público, da mesma forma que a figura do homem - 'sujeito de direito' - estava posta no centro da construção dogmática do direito privado. Partindo de tais premissas, este estudo procura identificar os principais traços do caminho percorrido até a definitiva consagração da personalidade jurídica do Estado como fator de construção da teoria jurídica do 'Estado de Direito', o que passa por verificar, ainda que em linhas gerais, os antecedentes teóricos do problema, bem como por clarificar a que necessidades históricas e políticas tal teorização respondeu.

## I - EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE 'Pessoa JURÍDICA'

No Direito Romano antigo, a palavra 'pessoa' tinha o significado normal de 'homem', sem qualquer alusão à sua capacidade. Embora largamente empregado, o termo *persona* não

tinha um valor técnico, e tanto era 'pessoa' o homem livre quanto o escravo - *persona servi* -, ainda que este não fosse considerado sujeito de direito. Para o ser sujeito de direito, além da condição 'ser homem', concorriam mais três, a saber: ser livre, cidadão e senhor de si mesmo - *sui iuris*. Só nos textos pós-clássicos é que emerge um emprego diverso do termo, para exprimir uma noção que se avizinha ao que os modernos entendem por 'capacidade jurídica'. Na compilação justinianéia, o termo continuou a ser utilizado de modo genérico, e os glosadores civilistas bolonheses continuaram a não lhe atribuir, em referência ao homem, qualquer particular significação jurídica.<sup>4</sup>

Isto não quer dizer que os romanos não conhecessem as realidades abstratas que o termo 'pessoa jurídica', surgido na experiência canonística, veio a designar ou mesmo que, no âmbito de seu ordenamento jurídico, inexistissem soluções para as situações de fato que superam a consideração do homem singular enquanto centro de imputação de relações jurídicas.<sup>5</sup> Orestano,<sup>6</sup> estudando a relação entre situações com tratamento unificado e os fenômenos de imputação na experiência romana, aponta a importância e antiguidade da configuração material do problema, compreendendo tanto situações pessoais concebidas em sentido material quanto imputações referidas a entidades patrimoniais, ou seja, uma concepção que punha as coisas, os bens, no centro das relações de imputação. O autor descreve também o caminho através do qual de uma concepção material, concreta, a jurisprudência romana, ao longo de séculos, chegou a uma concepção

abstrata, de separação e independência do 'todo' em relação a seus elementos constitutivos (materiais ou pessoais). O exemplo dessa evolução é a noção de *hereditas*, que assume um valor paradigmático, pois, de um significado inicial concreto e material - *res* -, passa por uma desmaterialização, no período clássico, para ser considerada *res incorporales*, até chegar, nos textos justinianeus, como *universitas*.

De fato, a enunciação do que se pode chamar, em termos modernos, de 'coletividade', se efetuava mediante um substantivo no singular - *municipium, colonia, civitas, sodalicium*, etc. - ou mediante a indicação, no plural, de seus componentes - *municipes, coloni, cives, sodales*, etc. A expressão *municipia*, por exemplo, surgida na época imediatamente anterior ao ano 212 a. c. era utilizada para designar as comunidades incorporadas à cidadania romana que perdiam sua soberania política e se regiam, na esfera patrimonial, pelo direito privado. Da mesma forma, termos como *collegia, sodalitates* designavam realidades semelhantes - corpos coletivos que se regiam, na esfera patrimonial, pelo direito privado -.

No campo da organização pública, o centro de imputação ou referência de relações jurídicas de interesse geral evoluiu do *populus romanus*, que, na época republicana coexistia com as várias figuras de *collegia* e associações religiosas e assistenciais com relevância pública, para o *princeps* e as particulares figuras da organização administrativa imperial, principalmente o *fiscus*. O *populus romanus*, para cuja composição contavam unicamente as relações entre pessoas juridicamente equiparadas - os *patresfamilias* -, não foi sujeito ativo ou passivo

de direitos patrimoniais no sentido do direito privado até o Principado, quando iniciou a sua sujeição parcial através da criação do *Fiscus* - patrimônio destinado à administração imperial e que se distinguia do erário público (*aerarium populi Romani*), o patrimônio verdadeiro e próprio do Estado. Embora o Fisco pudesse submeter-se a regras de direito privado, como qualquer cidadão, importantes privilégios o colocavam acima do direito privado, tanto do ponto de vista do direito material quanto formal. Daí não haver, no âmbito da experiência jurídica romana, a abstração 'pessoa jurídica' referida à organização política ou mesmo às associações regidas pelo direito privado.<sup>7</sup>

### 1.1 - Atribuição de valor técnico à expressão 'persona': direitos subjetivos e personalidade jurídica.

Foi na canonística, mais precisamente na obra de Sinibaldo de Fieschi (futuro papa Inocêncio IV), que se passou a aplicar correntemente o termo *persona* para designar entidades coletivas com uma configuração unitária e abstrata distinta de seus membros particulares. Os canonistas foram os primeiros a utilizar expressões como *persona universitatis, persona collegii* e a formular a teoria da pessoa jurídica como *personae fictae*. Os Comentadores (principalmente Bartolo de Sassoferrato e Baldo de Ubaldo) continuaram a sublinhar que a noção tratava de construção intelectual da ciência jurídica e, finalmente, no séc. XVI, mais precisamente no ano de 1601, surgiu a primeira monografia (de Nicolaus Losaeus), editada em Veneza sob o título *Tractatus de iure universitatis*, com o argumento de que as

<sup>3</sup> Classificação conforme René DAVID in: Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

<sup>4</sup> Cf. ORESTANO, Riccardo. Il "Problema delle persone giuridiche" in Diritto Romano. Turim: Giappichelli, 1968, p.9.

<sup>5</sup> ORESTANO, (nota 4), pp. 106 e ss.

<sup>6</sup> ORESTANO, (nota 4), p. 106.

<sup>7</sup> Para essas considerações, ver também: IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Historia e Instituciones. Barcelona: Ariel, 1993, pp. 107/108 e 144 a 147; CATALANO, Pierangelo. Diritto e Persone. Studi Su Origine E Attualità Del Sistema Romano. Turim: Giappichelli, 1990, Capítulo V, pp. 163/188; COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. Informação por correio eletrônico. <http://orionufrgs.br/mestredir>, p. 4.

*universitates* são um fingimento, um corpo abstrato, cujo significado é inventado pelo intelecto.<sup>8</sup>

O problema da 'pessoa jurídica' permeou toda a civilística, do séc. XVI ao séc. XVII, que o tratou segundo uma concepção naturalística e objetiva. Duarenus (1509-1559) aplica o termo *persona* tanto às *universitates* quanto a seus componentes, antecipando, em muitos anos, um conceito unitário de 'personalidade jurídica'. Domat (1625-1696) dedica, nas *Loix civiles*, um único título às *personnes* (comunidades eclesásticas e laicas), definidas como assembléias de muitas pessoas unidas em um 'corpo' formado com a permissão do príncipe, para um bem público permanente, distintas das pessoas particulares.<sup>9</sup> Mas foi só no final do séc. XVI que apareceram as primeiras tentativas de clarificar a relação entre o elemento naturalístico – o homem enquanto entidade física real – e a sua consideração do ponto de vista do Direito – o homem enquanto entidade juridicamente relevante –, reservando-se para este último a qualificação, cada vez mais específica e técnica, de *persona*. Puffendorf (1632-1694) elabora, finalmente, o conceito unitário de *persona moralis*, destinado a reunir, sob uma única noção geral, as *personae simplices* e as *personae compositae*.<sup>10</sup>

A passagem para uma concepção eminentemente subjetivística iniciou no curso do séc. XVIII, quando, retomando a temática principal do individualismo jusnaturalista, que fez coincidir o *status hominis naturalis* e o *status*

*hominis civilis* – a noção de homem como um dado naturalístico e a noção de pessoa como um dado jurídico-, juristas e filósofos sustentaram que todo homem é, por si mesmo, portador de 'direitos subjetivos', que se podem reportar ao seu 'poder da vontade', elevado a sinal natural de sua personalidade e a elemento motor das relações jurídicas que estabelece.<sup>11</sup>

Com efeito, desde Grotius (1583-1645), já se vinha tratando da idéia de direito subjetivo como faculdade de querer ou fazer qualquer coisa,<sup>12</sup> enumerando-se, até, os vários tipos de 'direitos' que esse poder implica, tais como: poder sobre si mesmo (*potestas in se*) – liberdade; poder sobre outros (*potestas in alios*, como o pátrio poder) e poder sobre coisas (*potestas in res*, como o domínio/propriedade). Embora não se possa afirmar com precisão o momento em que o termo *ius* passou a significar direito subjetivo, é certo que é uma noção que marca o nascimento de um tipo de pensamento jurídico de cunho nitidamente individualista, cuja causa longínqua e profunda foi o cristianismo, que revelando o valor do indivíduo, desenvolveu, na Idade Média, novas categorias jurídicas estabelecidas em função do interesse individual e não mais em função da situação social, como a das 'pessoas miseráveis' (*miserabiles personae*).<sup>13</sup>

Ainda que se utilizasse, no medievo, a palavra *ius*, ela não se aplicava à faculdade de querer ou de agir nem denotava a idéia mesma de faculdade: o *ius* que cada um reivindicava nada mais era que seu estatuto.<sup>14</sup> As primeiras

definições claras da noção de 'direito subjetivo' emanaram do grupo de autores da escolástica tardia (Duns Scott e Guilherme d'Occam), lentamente foram transmitidas a juristas – Grotius e seus comentadores (Pufendorf, Feltmann e Thomasius) até receberem uma completa formulação por filósofos como Hobbes<sup>15</sup> e Gassendi,<sup>16</sup> na esteira de um combate da filosofia moderna contra o direito natural concebido por Aristóteles.

Scott, relevando o papel da razão para conhecer as verdades mais sublimes, acentuou o indivíduo, o singular, frente ao universal, antecipando a modernidade. Para ele, o fundamento do princípio da individuação e a explicação de por que é conhecido o indivíduo não devem ser buscadas em um princípio geral ou em algo extrínseco ao indivíduo, senão nele mesmo (objeto individual e singular).

De outra parte, a crítica de Occam reduziu a nada o antigo direito natural imutável, tendo ele insistido sobre a origem humana e, portanto, arbitrária, convencional, do *dominium* e da soberania, a origem arbitrária do direito (obra das vontades humana e divina) e a origem arbitrária das sociedades.<sup>17</sup> Em Occam, pois, a acentuação dos limites da razão adquire caráter extremo, até resultar em uma efetiva cisão entre a filosofia e a teologia. O reconhecimento da primazia do indivíduo leva, em Occam, a um conceitualismo que exclui a existência de

outros universais fora de seu conceito e, mais explícito ainda, é o voluntarismo com referência a Deus e a acentuação da onipotência divina, até o ponto em que esta se converte na tese básica e chave de toda a sua doutrina filosófica.

Assim, ao antigo direito natural objetivo – uma ordem fixa e imutável estabelecida pela razão universal, em que cada instituição social tem uma estrutura fixa – foi contraposto um direito natural novo cujo conteúdo é negativo: a ausência de vínculos e de regras sociais, de deveres e de comandos, é dizer, o direito de liberdade do indivíduo, cuja origem é puramente humana, convencional. A natureza fez os homens indivíduos, separados e livres, e tais liberdades são dados jurídicos primários que a lei e a convenção modelam em 'direitos subjetivos'. Por conseguinte, a noção primordial do direito é aquele que é dado por natureza aos homens, que as leis civis limitam: é a liberdade, o poder individual.

Essa teorização dos direitos subjetivos respondeu, segundo Weber<sup>18</sup> às necessidades de uma economia de mercado em expansão, pois, do ponto de vista sociológico e do desenvolvimento da ordem econômica, são particularmente importantes as expectativas de que não se estorve uma ação ou omissão, chamadas de 'faculdades'. Na medida em que tais faculdades importam em dois tipos de direitos – os de liberdade, que são o simples asseguramento, dentro do

<sup>8</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 12.

<sup>9</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 13.

<sup>10</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 15.

<sup>11</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 16.

<sup>12</sup> Cf. VILLEY, Michel. Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit. (Les origines de la notion de droit subjectif). Paris: Dalloz, 1957, p. 250.

<sup>13</sup> Cf. VILLEY, (nota 12), p. 269.

<sup>14</sup> Cf. VILLEY, (nota 12), p. 271.

<sup>15</sup> Em Hobbes, o único direito que pode subsistir no estado selvagem de natureza é o de preservação. Além disso, para ele, o direito não significa outra coisa senão a liberdade que cada um tem de usar suas faculdades naturais conforme à 'reta razão'.

<sup>16</sup> Cf. VILLEY, (nota 12), p. 279, Gassendi, na Ethicae (1658), composta contra a ética aristotélica, o ius que o homem possui por natureza comporta a faculdade de sentir, de se mover, etc, enquanto é animal; enquanto ser especial – homem – esse direito comporta a faculdade do raciocínio, de se exprimir, de celebrar contratos, sem que se leve em linha de conta os deveres, os limites que a natureza impõe à liberdade.

<sup>17</sup> Cf. PANIÁGUA, Jose Maria Rodriguez. Historia del Pensamiento Jurídico. Vol. I. Madrid: Universidad Complutense, 1988, pp. 89 a 104.

<sup>18</sup> WEBER, Max. Economia y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 532/533.

âmbito da conduta juridicamente permitida, contra violações provenientes de terceiros e especialmente da ordem estatal (liberdade de consciência, de trânsito, de disposição, etc.) e os que concedem aos indivíduos a faculdade de regular autonomamente, dentro de certos limites e por meio de negócios jurídicos, suas relações recíprocas - a liberdade de contratação depende da extensão que o ordenamento jurídico conceda ao arbítrio dos indivíduos. Como liberdade, em sentido jurídico, significa ter direitos subjetivos atuais e potenciais, em uma comunidade sem mercado esses direitos não derivam, de modo principal, dos negócios jurídicos, senão de preceitos imperativos e proibitivos do direito objetivo. A troca é, sob o domínio de um sistema de direitos subjetivos, um negócio jurídico: aquisição, cessão, renúncia de pretensões jurídicas. Destarte, a soma dos direitos legitimamente adquiridos e das obrigações legais de um indivíduo - a sua situação econômica legítima - determinam-se, “em parte por aquisições hereditárias derivadas de relações de direito familiar e em parte também - direta ou indiretamente - através dos negócios jurídicos”<sup>19</sup> que celebra.

Quando da elaboração sistemática da doutrina geral do direito privado pela Pandectística alemã entre o fim do séc. XVIII e início do séc. XIX, em que aquele foi, segundo o espírito e a doutrina da época, concebido e articulado em torno da noção de ‘direito subjetivo’, isto é, como um ‘sistema de direitos subjetivos’, consolidou-se a concepção subjetivística da personalidade jurídica. Tal concepção subjetiva da personalidade ao identificar a *persona* - sujeito de direito - com o seu substrato material (o homem), comportou duas orientações de pensamento diametralmente opostas e, todavia,

ligadas à mesma matriz subjetivística, a saber: a teoria da ficção e a teoria da realidade. A primeira afirma que só o homem, enquanto ser que possui uma vontade, pode ser sujeito de direito com existência real, sendo artificiais todos os demais sujeitos; a segunda procura demonstrar que todos os ‘sujeitos de direito’ são igualmente dotados de uma existência e vontade ‘reais’.<sup>20</sup>

## 1.2 - A tese da ‘pessoa jurídica’ e as teorias sobre a sua natureza jurídica

No processo de construção sistemática de uma noção geral de ‘sujeito de direito’, apareceu em 1807, pela primeira vez, a voz ‘pessoa jurídica’ (*juristische Personen*), na obra do jurista alemão Arnold Heise, compreendendo, sob um único conceito, contraposto às pessoas físicas, tudo o que não fosse o homem singular (*Alles außer den einzelnen Menschen*) e que pudesse ser reconhecido em um Estado como ‘sujeito de direito’ cujo substrato é constituído do homem singular (quando exerce determinada função, como nos serviços públicos), de agrupamentos humanos (*universitates*), de um conjunto de bens destinados a fins de interesse geral ou quaisquer outros elementos.<sup>21</sup>

Reelaborando a tese de Heise, Savigny afirmou a natureza fictícia da personalidade jurídica, ao entender que, em todo direito subjetivo, existe a causa da liberdade moral insita ao homem e, por essa razão, o conceito de pessoa como ‘portadora’ (*Träger*) ou ‘sujeito de direito’ (*Rechtssubject*) deve coincidir com o conceito de homem, uma vez que só este é capaz de direitos. Daí a pessoa jurídica, sujeito artificial, criada por ‘simples ficção’ se distingue das

corporações e das fundações cujo substrato é uma associação de pessoas ou um complexo de bens, respectivamente.<sup>22</sup> À diferença dos canonistas e civilistas medievais, Savigny considera tal ficção não uma criação intelectual da ciência jurídica, mas um “instrumento técnico de que dispõe o legislador”, que ‘finge’, ante uma associação de homens ou de bens, a existência de uma unidade, considerada como ‘pessoa’ e, como tal, ‘sujeito de direito’.<sup>23</sup> Puchta, por sua vez, aderindo à tese da ficção, considera haver personalidade jurídica só quando há uma disposição legislativa que reconhece a condição de ‘sujeito de direito’ de alguém ou de algo. Por isso, reagrupa as várias figuras de pessoas jurídicas sob o único conceito de *universitates*, distinguindo por *universitates personarum* as corporações e por *universitates rerum* as fundações.<sup>24</sup>

O conceito de personalidade jurídica, via de consequência, correspondeu à solução do problema relativo à posição das associações e da legitimação de seus órgãos no tráfego negocial e nos procedimentos judiciais, pois ele implica a total separação das esferas jurídicas dos membros da esfera jurídica independente da própria associação, de modo que só certas pessoas, juridicamente autorizadas, podem obrigar a associação. Essas relações jurídicas, porém, não afetam as pessoas nem os patrimônios dos associados nem valem como contratos destes. Por igual, as exigências e prestações dos associados, enquanto tais, vinculam, segundo o estatuto, os direitos e obrigações de seus patri-

mônios privados e não o patrimônio social. Por esta via, o conceito de personalidade jurídica se estende para abarcar a disposição de bens econômicos cuja utilização se atribui a uma pluralidade de pessoas determinadas sem que, com isso, se forme uma associação. Este é, precisamente, o caso das fundações - patrimônio afetado a um fim - cujos interesses são representados autonomamente no comércio jurídico por um titular a quem, de acordo com determinadas normas, reconhece-se tal caráter. Enfim, como diz Weber, “de um ponto de vista técnico-jurídico, o conceito de personalidade jurídica é totalmente supérfluo quando não se atribui a uma associação nenhum patrimônio em nome do qual seja possível celebrar contratos.”<sup>25</sup>

Contra a tese da ficção e a ela contemporânea, surgiu a teoria da realidade, ou orgânica, pugnada por Georg Von Beseler e Otto von Gierke, que aprofundaram o problema do ponto de vista da tradição germânica e das suas formas associativas de tipo comunitário (*Genossenschaften*), tratando de resolvê-lo em uma concepção que considerava a pessoa jurídica como um ‘organismo natural’.<sup>26</sup> Além da teoria orgânica, outras perspectivas sobre a natureza da pessoa jurídica também surgiram no curso do séc. XIX e começo do séc. XX, tais como a desenvolvida por Aloys Brinz (do patrimônio destinado a um fim - *Zweckvermögen*), por Zitelmann (teoria da vontade - *Willentheorie*) e por Ennecerus (teoria da organização - *Einrichtungstheorie*).<sup>27</sup> Foi a concepção orgânica, entretanto, que acabou por

<sup>19</sup> WEBER, (nota 18), p. 534.

<sup>20</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), pp. 19/20.

<sup>21</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 21.

<sup>22</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 22.

<sup>23</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 24.

<sup>24</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 22.

<sup>25</sup> WEBER, (nota 18), pp. 566/567. Neste passo, o autor considera que, a rigor, no âmbito do direito, o conceito de pessoa é sempre jurídico e, por isso mesmo, a noção de personalidade jurídica é sempre tão artificial quanto a questão acerca do que sejam “as coisas” em sentido jurídico.

<sup>26</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 26.

<sup>27</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 30.

se tornar o centro da teoria do Estado como pessoa jurídica.

## II - A CONSTRUÇÃO DA PESSOA JURÍDICA PÚBLICA ATRAVÉS DA TEORIA ORGÂNICA

O tratamento unificado de situações reconduzíveis à imputação de interesses gerais iniciou no período medieval, com os esquemas de *collegia*, *corpora* e *universitates*, bastando pensar na teoria das *communia civitatis* e do direito estatutário, na relevância do direito público nas corporações medievais e na doutrina canonística dos *collegia necessaria et naturalia*. No entanto, a primeira teorização das pessoas públicas distintas das pessoas privadas apareceu no fim do séc. XVI, na obra de Gregório Tholosanus - *Syntagma* -<sup>28</sup> e a partir de Grócio e Hobbes, começou-se a falar do Estado como *corpus morale*, *persona civilis*, *persona artificialis* ou de um *corpus fictitium*. Pufendorf, seguido por Thomasius, distinguia tanto as *personas simplices* como as *personae compositae* em públicas e privadas, e o francês Jean Domat identificava todo tipo de *communauté* a parte do *corps de l'État*.

Inicialmente, na doutrina oitocentista do sujeito de direito e seus direitos subjetivos, o problema da pessoa jurídica foi visto sob o prisma do direito privado, em parte pela escassa elaboração doutrinária cujo objeto fosse o direito público e, em parte, pelos motivos ideoló-

gicos que fizeram a Escola Histórica reagir contra a idéia jusnaturalista e revolucionária de que o Estado pudesse ser um ente cuja personalidade não coincidissem com a do soberano, a ponto de Savigny sustentar que só as relações de direito privado pudessem referir-se à artificial capacidade da pessoa jurídica, na medida em esta qualificação - pessoa jurídica - põe em relevo unicamente a capacidade patrimonial, traduzindo-se por um sujeito capaz de ter um patrimônio.<sup>29</sup>

### 2.1 - O Estado como uma estrutura orgânica

Conquanto as comparações entre o Estado, a sociedade, a Igreja ou outras coletividades e os indivíduos - seus corpos, atributos físicos e psíquicos - seja "tão velha quanto o mundo",<sup>30</sup> os termos 'orgânico/inorgânico' como hoje são entendidos só foram estabelecidos no fim do séc. XVIII, e Otto Gierke foi o primeiro a utilizar a metáfora do 'organismo' de um modo absolutamente rigoroso.<sup>31</sup> Esta concepção não foi, contudo, absolutamente nova, pois Albert van Krieken, em 1873 já havia reconhecido o Estado como pessoa jurídica, na esteira dos ensinamentos de Gerber, que postulava a personalidade jurídica do Estado cujos direitos emanavam de seu 'poder de querer', isto é, 'poder de dominar' que se chama 'poder público', atuante através de seus órgãos. Pode-se dizer, então, que foram as idéias fundamentais de Gerber (Estado-pessoa moral, Estado-poder público e

o conceito de órgão) que influenciaram toda a geração que elaboraria definitivamente a teoria do Estado como pessoa jurídica.<sup>32</sup>

Gierke, um ano depois do aparecimento da obra de Krieken, rejeitou, inicialmente, o conceito científico de organismo para concebê-lo como "uma concepção geral do ser natural". Para ele, organismo é um conceito transdisciplinar, ligado a um domínio particular da realidade: o do "ser natural vivente",<sup>33</sup> mas não é, apesar disso, somente um produto natural, pois as formações sociais também são organismos no sentido espiritual. Refletindo sobre a natureza do Estado, Gierke acaba por ver nele uma unidade composta cuja vida específica não corresponde à vida de qualquer de suas partes. Daí a pessoa individual em suas relações com o Estado dever ser pensada não como um todo completo em si, mas como parte de um todo.<sup>34</sup>

Com a especificação de problemas jurídicos práticos, o conceito de organismo ganhou contornos mais definidos, para apreender a essência, na realidade, das comunidades humanas, das associações (o Estado, a Igreja, a corporação, etc). Assim, visando a construção da 'pessoa jurídica' e do Estado enquanto 'pessoa jurídica', Gierke se opôs à teoria da ficção, para estabelecer a realidade específica das associações enquanto 'organismos sociais'. O Estado, enfim, para Gierke, "é a mais alta e compreensiva forma de Comunidade, não perceptível para os sentidos, porém real para o espírito, que nos revela uma existência comum humana so-

bre a existência individual. Este elemento comum é a unidade permanente, viva, da unidade que quer e obra e na qual se encerra todo um povo".<sup>35</sup>

Sustenta Rottleuthner<sup>36</sup> que a concepção de organismo, consistente na consideração da pessoa jurídica em sua estrutura interna e de sua relação com outros sujeitos de direito, teve como conseqüências práticas específicas a construção sistemática da ordem jurídica e dos conceitos jurídicos individuais bem como a decisão sobre questões individuais tais como a constituição, a participação e a fundação enquanto ato coletivo e não como um contrato, a incorporação/desincorporação, organização e órgão (representação), competências, procedimentos, capacidade legal e responsabilidade da pessoa jurídica. A introdução da metáfora de organismo, ao permitir descrever problemas ou fenômenos jurídicos específicos (estrutura interna das pessoas jurídicas e relações de trabalho coletivo), não foi, contudo, suficiente para a solução construtiva desses problemas como, por exemplo, o da extensão da responsabilidade de uma pessoa jurídica.

Até a difusão da noção de órgão como um conceito da teoria geral do direito, isto é, como elemento estrutural da pessoa jurídica, a meditação da juspublicística - focalizada no Estado -, dava-se em torno da 'subjetividade do serviço', através da distinção, presente na doutrina germânica (Laband e Mohl), entre serviço (*Amŕ*) e ti-

<sup>28</sup> Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 32.

<sup>29</sup> Cf. ORESTANO (nota 4), pp. 33/34.

<sup>30</sup> Cf. ROTTLEUTHNER, Hubert. Les métaphores biologiques dans la pensée juridique. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 19, p. 216.

<sup>31</sup> Cf. ROTTLEUTHNER, (nota 30), p. 216, uma metáfora é uma transferência, particularmente de conceitos. Na história da ciência, a biologia, depois de Darwin, tornou-se a disciplina paradigma, ou dirigente, e seus conceitos, modelos e perspectivas tais como 'desenvolvimento', 'luta', 'vida' e 'organismo', foram transferidos para outras disciplinas.

<sup>32</sup> Cf. LOS RIOS, Fernando. Prólogo à obra de JELLINECK, Georg. Teoria General de Estado. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1970, p. 120. Tradução da segunda edição do original alemão Allgemeine Staatslehre, pág. X/XI.

<sup>33</sup> ROTTLEUTHNER, (nota 30), p. 223.

<sup>34</sup> ROTTLEUTHNER, (nota 30), p. 224.

<sup>35</sup> GIERKE, Otto van. Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien (1874), apud LOS RIOS (nota 32), p. XIX.

<sup>36</sup> ROTTLEUTHNER, (nota 30), p. 227.

tular do serviço (*Amsträger*),<sup>37</sup> e os modelos sobre as quais aquela trabalhava eram o inglês, que concebia o Estado como um agregado, ordenado em função de 'pessoas jurídicas' como a Coroa, o Tesouro, o Almirantado, etc., e o continental, segundo o qual o Estado era composto do príncipe com seus serviços e da pessoa jurídica privilegiada que constituía o Fisco.

## 2.2 - A pessoa pública no *Polizeistaat*

Na Alemanha do Primeiro Império (romano-germânico), as relações jurídicas entre o poder público e os súditos repousavam sobre os direitos de superioridade dos príncipes, cuja base era a superioridade territorial (*Landeshoheit*), e implicavam *iura majestatis* (direitos de majestade), mais tardiamente, em *ius politiae* (direito de polícia) e *ius sequelae* (direito de impor contribuições).<sup>38</sup> Após a paz de Vestfália, que reconheceu aos estamentos um poder estatal em seus territórios, havia um juiz superior ao qual o poder territorial estava submetido: o Tribunal Cameral do Império - precursor do controle de constitucionalidade material,<sup>39</sup> de modo que "os súditos podiam valer-se dos tribunais imperiais contra o abuso de direitos dos senhores territoriais".<sup>40</sup> Os limites às prerrogativas dos príncipes, assim, eram os *iura quesitae*, isto é, direitos adquiridos que, se usurpados, permitiam o recurso aos tribunais imperiais, de vez que, com tal usurpação, ocorreria "mudança da ma-

téria de governo em matéria de justiça".<sup>41</sup>

Já na época do Segundo Império, o regime era caracterizado pela preponderância da polícia (*Polizeistaat*). De acordo com isto, o Estado era uma 'pessoa ideal', cujos representantes eram o príncipe em pessoa e os funcionários de todos os tipos, de modo que, tendo como tarefa a perseguição dos fins do Estado, tinham à disposição todos os meios para realizar tais fins, sem conhecer quaisquer limites por parte dos súditos. Os antigos *iura quesitae* se transformaram em barreiras formais, porque, de fato, não havia nenhuma barreira.<sup>42</sup> Quanto aos funcionários, seu papel nos negócios públicos era determinado pelo príncipe, a quem estavam submetidos por um severo sistema disciplinar hierárquico. Esta forma de organização do poder público começou a mudar a partir do momento em que a independência dos tribunais foi reconhecida, isto é, em que a justiça civil e a criminal obtiveram uma situação particular diferente da Administração e se tornaram, na organização estatal, centro de um poder próprio e independente.<sup>43</sup> Isso aconteceu a partir da nova noção de lei como ordem geral que se endereça aos súditos e que é publicada, de modo que, quando o príncipe editava uma regra de direito civil sob a forma de lei, a mesma restava inviolável, e sua aplicação só dependia de um juiz, que era forçado a aplicá-la. Ao príncipe, não se reconhecia mais sequer o poder de dispensá-la.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Organi* (Teoria Generale), in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI. Milão: Giuffrè, 1981, p. 37.

<sup>38</sup> Cf. MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, (tradução do próprio autor) pp. 32 a 42.

<sup>39</sup> Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 24.

<sup>40</sup> Cf. HECK, (nota 39), p. 44.

<sup>41</sup> Cf. HECK, (nota 39), pp. 44/45.

<sup>42</sup> Cf. MAYER, (nota 38), p. 44.

<sup>43</sup> Cf. MAYER, (nota 38), p. 47.

<sup>44</sup> Cf. MAYER, (nota 38), p. 49.

Quanto às leis de polícia, submetiam-se a um regime diferente: ao ordenarem casos individuais, vinculavam os funcionários e não o príncipe e, assim, as 'leis da justiça' obrigavam o governo, e as leis de polícia, não. As leis da justiça eram 'direito', as de polícia, não. O resultado é que, nesse período, existia um direito civil, um direito penal e um direito de procedimento, mas nenhum 'direito público', porque, para a Administração, em relação aos súditos, não havia dever. Quando o direito civil e as jurisdições civis passaram a se ocupar da relação entre o Estado e os súditos, surgiu a questão de submeter o Estado ao direito civil e, do conflito entre duas idéias opostas - idéia do Estado onipotente, que havia derrubado as barreiras dos *iura quesitae*, e a idéia do direito, isto é, de que as relações entre o Estado e os súditos deviam dar-se sob a forma do direito e suas regras - surgiu a doutrina do Fisco, que acabou por cindir a personalidade jurídica do Estado.<sup>45</sup>

Quando o direito público alemão adotou a instituição romana do Fisco, preocupou-se, inicialmente, com as vantagens materiais desta instituição: os direitos do fisco, as multas, confiscos, tesouros - o caixa do príncipe - . À medida que o Estado se foi tornando cada vez mais onipotente e os direitos particulares dos príncipes foram desaparecendo, o Fisco, pessoa moral proprietária dos bens destinados à realização dos fins estatais, passou para primeiro plano, distinguindo-se, a partir daí, os bens do Fisco dos bens privados do príncipe. Então, ao lado do Estado propriamente dito (o príncipe e as autoridades que exerciam poderes públicos), foi

reconhecida esta outra pessoa, responsável pela administração dos bens do Estado através de funcionários, que a defendiam perante os tribunais, como parte em um processo. O Estado aparece, assim, como duas pessoas jurídicas distintas, ou seja, ora considerado como uma sociedade de interesses pecuniários ou pessoa moral de direito civil, ora como associação política, pessoa moral de direito público, com direitos de superioridade em relação aos particulares. Segundo a fórmula clássica de Koch,<sup>46</sup> "O Estado se apresenta como pessoa moral em uma dupla relação, como associação política para a realização do fim do Estado (direitos de majestade, de superioridade) e como sociedade de interesses pecuniários para encontrar os meios que devem servir àquele fim".

Com a doutrina do Fisco, então, foi possível atribuir efeitos civis imediatamente aos atos do poder público: o Estado desapropria, o Fisco paga a indenização; o Estado nomeia um funcionário, submete-o a uma disciplina especial, o Fisco celebra com ele um contrato de direito civil, para lhe pagar salários, de modo que, "todas as vezes que o Estado, pela sua potestade pública, impõe a um indivíduo um sacrifício especial, o Fisco, em virtude de uma regra geral de direito civil, se torna seu devedor de uma justa indenização, para cujo pagamento pode ser citado diante de um tribunal civil".<sup>47</sup> Daí que, não podendo o Estado (no primeiro sentido) restar submetido aos tribunais e ao direito civil, esse realizou, segundo Otto Mayer, "plenamente e sem restrições a idéia que, no regime de polícia triunfou".<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Cf. MAYER, (nota 38), p. 55.

<sup>46</sup> KOCH. *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, I, p. 170, apud Otto MAYER, (nota 38), p. 57.

<sup>47</sup> MAYER, (nota 38), p. 61, verbis: "(...) tout les fois que l'État, par sa puissance publique, impose à un individu un sacrifice spécial, le Fisc, en vertu d'une règle générale du droit civil, devient son débiteur d'une juste indemnité, pour le paiement de laquelle on peut l'assigner devant le tribunal civil".

<sup>48</sup> MAYER, (nota 38), p. 58.



### III - A TEORIA DO *RECHSSTAAT* E A NOVA INTERPRETAÇÃO DA NOÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PÚBLICA

A teoria do *Rechtsstaat*, formulada pelos teóricos alemães em um regime monárquico, guarda semelhanças com as idéias de Estado Constitucional de tipo francês e com o *rule of law* britânico, na perspectiva teórico-formal. No Estado Constitucional de tipo francês, a tônica foi colocada nos mecanismos políticos, como controle parlamentar e garantias constitucionais. No princípio do *rule of law*, existe um só direito no país e uma única ordem de tribunais para aplicá-lo. A Administração está submetida ao Direito (*law*) tanto quanto os particulares, e o controle é, assim, judicial. Já a teoria alemã do *Rechtsstaat*, ante a impossibilidade de moldar constitucionalmente o Estado em função da garantia dos direitos fundamentais (a burguesia alemã do séc. XIX não conseguiu impor, politicamente, as soluções liberais) perspectiva o Estado de Direito em torno de sua dimensão teórico-formal (princípio da legalidade da Administração e justiça administrativa) e o reduz a 'Estado de legalidade', compatível até mesmo com formas autoritárias de governo.<sup>49</sup>

#### 3.1 - A perspectivação teórico-formal

Na concepção estritamente formal, há coincidência entre Estado e Direito (qualquer Estado é Estado de Direito).<sup>50</sup> Nesse sentido, Kelsen<sup>51</sup> argumenta que todo Estado é de "Di-

reito", na medida em que é uma ordem jurídica relativamente centralizada e que, "para ser um Estado, a ordem jurídica necessita ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem que instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das normas que o formam".

Schmitt,<sup>52</sup> da mesma forma, assevera ser o Estado de Direito tão-somente uma "parte" de toda Constituição moderna, cujo conceito se fixou sob o ponto de vista da liberdade burguesa, não significando finalidade e conteúdo do Estado, senão só o caráter de sua realização. Por isso, segundo ele, a expressão é equivocada, já que assim pode ser caracterizado "todo Estado que respeite sem condições ao Direito objetivo vigente e os direitos subjetivos que existam". Daí que o velho Império alemão, ao tempo de sua dissolução, também era um ideal "Estado de Direito" ou uma "união jurídica e de domínio"<sup>53</sup> - uma materialização da idéia medieval de Direito, que tinha por função assegurar a salvação do Ocidente. O Império era, pois, uma instituição missional, sacralizado por tal finalidade, e uma instituição jurídica cuja função prática mais importante era a administração da justiça por tribunais que eram considerados o refúgio para todos os que se sentissem violados pelas autoridades em seu território. Esses tribunais, sem tomar em consideração privilégios, "admitiam todas as demandas fundadas na denegação de justiça da autoridade territorial".<sup>54</sup>

Weber, por igual, a partir da sua tipologia da dominação<sup>55</sup> - que se tornou clássica - destaca que até mesmo a dominação patrimonial ou feudal pode estar reduzida e limitada por determinados meios: privilégios estamentais e, em seu grau máximo, pela divisão estamental de poderes, que conhece exclusivamente sob a forma de concorrência de direitos subjetivos (privilégios ou prerrogativas feudais).<sup>56</sup> Assim, pode-se falar de um 'estado de direito feudal' ou 'estado de direito estamental' que, frente ao domínio patrimonial 'puro', baseado na coexistência entre a vinculação pela tradição e direitos apropriados com o livre arbítrio e graça do senhor, aproxima-se a uma organização jurídico-pública relativamente constitucional.<sup>57</sup>

Por isso é que Schmitt<sup>58</sup> afirma ser o Estado de Direito Moderno o 'Estado burguês de Direito', que recebe sua precisa significação quando, para além dos princípios gerais da liberdade burguesa e da defesa do Direito, estabelecem-se critérios orgânicos que passam a ser característicos do 'verdadeiro' Estado de Direito, tais como: a) exigência de 'lei' para interferências na esfera individual (princípio da legalidade da Administração); b) que a atividade total do Estado esteja compreendida, sem resíduo, na soma de competências rigorosamente circunscritas (divisão e distinção dos poderes); c) con-

trole judicial da Administração por juízes independentes que decidam dentro de um procedimento de forma judicial (justiça administrativa).<sup>59</sup> Desta forma, o ideal pleno do 'Estado burguês de Direito' culmina com uma conformação judicial geral de toda a vida do Estado, embora, em atenção ao caráter político de certas questões litigiosas, esteja previsto um procedimento especial ou uma instância especial (tratamento de delitos políticos como traição, acusação contra ministros e chefes de Estado, litígios constitucionais autênticos, decisão de dúvidas e divergências de opinião sobre a constitucionalidade das leis e regulamentos por tribunal especial bem como tratamento especial dos atos de governo ou atos políticos específicos no terreno da Administração da Justiça).

A formulação inicial da teoria do *Rechtsstaat* ocorreu no âmbito da 'revolução burguesa' alemã de 1848, em que o "cidadão se achava contra o Estado"<sup>60</sup> lutando pela emancipação de seu 'direito civil'. A realização desta exigência se traduziu, primeiramente, na Constituição de Frankfurt, de 1849, que unificando o império, postulou a necessidade de um âmbito jurídico unitário prevendo a promulgação de Códigos Gerais de direito civil, direito mercantil e cambiário, direito penal e procedimento judicial.<sup>61</sup> Para proteger os cidadãos contra o Im-

<sup>55</sup> Segundo WEBER, (nota 18), p. 172, existem três tipos puros de dominação legítima: a) a tradicional, cuja autoridade advém dosmores, do ontem eterno, exercido pelo patriarca e pelo príncipe patrimonial; b) a carismática, assente no dom da graça exclusivamente pessoal do líder e c) legal, na qual há o domínio em virtude da fé na validade do estatuto legal e da competência funcional, baseada em regras racionalmente criadas.

<sup>56</sup> WEBER, (nota 18), pp. 217 e 508.

<sup>57</sup> WEBER, (nota 18), p. 821.

<sup>58</sup> SCHMITT, (nota 52), pp. 141/147.

<sup>59</sup> Também para WEBER (nota 18), p. 501, no Estado moderno existe precisamente a tendência de aproximar entre si, do ponto de vista formal, a aplicação do direito e a 'administração' (no sentido de governo), primeiro, porque no âmbito da atividade judicial, impõe-se ao juiz a obrigação de resolver as controvérsias atendendo a princípios materiais (moralidade, equidade, conveniência, etc.); em segundo, porque a organização do Estado atual concede ao particular que, em princípio, só é objeto da administração, determinados recursos para proteger seus interesses frente à mesma. Tais meios são, ao menos formalmente, idênticos aos de aplicação do direito e, por isso, há, aí, a jurisdição administrativa.

<sup>60</sup> Cf. HATTENHAUER, (nota 53), p. 140.

<sup>61</sup> Cf. HATTENHAUER, (nota 53), p. 145.

<sup>49</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Coimbra, 1987, p. 48.

<sup>50</sup> Cf. NOVAIS, (nota 49), pp. 12/13.

<sup>51</sup> KELSEN, (nota 2), pp. 383/390.

<sup>52</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 141.

<sup>53</sup> HATTENHAUER, Hans. Los Fundamentos Historicos-Ideologicos del Derecho Aleman. Entre la Jerarquia y la Democracia. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981, p. 31.

<sup>54</sup> HATTENHAUER, (nota 53), p. 33.

pério, foi criado um tribunal próprio, entendido como organização da cidadania e como “uma instituição para garantir a liberdade civil.” A proteção jurídica da liberdade deveria ser, afinal, ‘proteção constitucional’ e, da mesma forma, a Constituição deveria ser garantida por um juiz. Daí ter sido proclamada a cessação da atividade administrativa contenciosa pelos órgãos da Administração direta e prevista a competência dos tribunais ordinários para todas as controvérsias, fossem elas de direito privado e ou de direito público.<sup>62</sup> O que se protegia eram as posições do indivíduo contra o Estado – *status* negativo – agora sob nome de ‘catálogo de direitos fundamentais’, isto é, especificação jurídica dos postulados filosóficos do Iluminismo.<sup>63</sup> Na Prússia, a partir da Constituição de 1850, consolida-se outro postulado liberal, o da independência judicial, de modo que os juízes servissem de mediadores entre forças oponentes e estivessem obrigados apenas por lei.<sup>64</sup>

Nesse contexto, um juiz do Estado de Hesse, Wilhelm Pfeiffer, em 1851, publica um tratado intitulado ‘*A autonomia e independência da judicatura. Uma séria advertência*’, arrolando uma série de requisitos que podiam assegurar a independência judicial, dentre os quais o da necessária “separação entre assuntos judiciais, por uma parte, e assuntos de Governo e Administração, por outra”<sup>65</sup> e o da proibição de “transferência de funções judiciais às autoridades administrativas”. Em 1864, Otto Bähr pu-

blica um estudo denominado “*Rechtsstaat*” (termo que procedia de Mohl e que já havia sido utilizado por Sthal), em que, tratando do problema de como deve realizar-se a tutela jurídica do cidadão no âmbito do Direito Público,<sup>66</sup> afirma a necessidade de separar-se a Justiça da Administração e de reconhecer-se, no âmbito do Direito Público, “uma jurisdição autônoma e independente como imperativo de justiça”.<sup>67</sup> A partir daí, em vários Estados alemães foram criadas instâncias jurisdicionais administrativas, segundo duas diferentes orientações doutrinárias: a primeira, defendida por Otto Bähr, de cunho mais subjetivístico, pela qual a tutela jurisdicional só poderia ser invocada na presença de direitos subjetivos, isto é, a atividade jurisdicional era tão-somente a tutela da esfera jurídica individual;<sup>68</sup> a segunda orientação, defendida por Rudolf von Gneist, configurava a justiça administrativa como controle objetivo da atividade administrativa, de modo “a eliminar o exercício parcial e iníquo do poder administrativo”<sup>69</sup> e de forma que a jurisdição administrativa fosse a colaboração contenciosa do cidadão com a Administração. Esta orientação objetivística foi a que prevaleceu de forma geral na Alemanha (com exceção dos Estados do sul), após 1871, respondendo ao problema da proteção do indivíduo frente à Administração e à idéia, presente na cultura germânica, contrária à sobreposição da Administração – núcleo fundamental do Estado – aos tribunais ordinários. A orientação objetivística também traduzia ade-

<sup>62</sup> Cf. MASUCCI, Alfonso. La legge tedesca sul processo amministrativo. In: *Quaderni di Diritto processuale amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 4.

<sup>63</sup> Cf. HATTENHAUER, (nota 53), p. 147.

<sup>64</sup> Cf. HATTENHAUER, (nota 53), p. 151.

<sup>65</sup> HATTENHAUER, (nota 53), p. 157.

<sup>66</sup> Cf. HATTENHAUER, (nota 53), pp. 158/159.

<sup>67</sup> HATTENHAUER, (nota 53), p. 159.

<sup>68</sup> Segundo MASUCCI, (nota 62), p. 4, só em tal caso havia ação (Klage). Do contrário, ante um interesse, a via era um recurso (Beschwerde) aos órgãos da Administração ativa.

<sup>69</sup> MASUCCI, (nota 62), p. 5.

quadamente a concepção político-jurídica que considerava ser finalidade do Estado a defesa do ordenamento jurídico, sendo este último um meio de organização dos interesses coletivos dos cidadãos. Onde prevaleceu a concepção subjetivística da tutela jurisdicional administrativa, a competência do juiz estava limitada à verificação da legitimidade formal do procedimento; nos Estados em que prevaleceu a concepção objetivística, ao contrário, a competência dos juízes não só verificava a legitimidade, mas também o mérito administrativo. A evolução da jurisdição administrativa tedesca iria oscilar entre esses dois polos, até sua definitiva consagração pela Lei Fundamental de Bonn e a unificação do processo administrativo, ocorrida em 21 de janeiro de 1960.<sup>70</sup>

Assim, a expressão *Rechtsstaat* fez fortuna no âmbito da ciência política para designar um tipo de Estado qualificado por seus fins morais, contraposto ao Estado patriarcal, despótico, etc.:<sup>71</sup> Estado de Direito é aquele que visa a realização e a manutenção do direito e da ordem legal. Já a noção jurídica de Estado de Direito, consolidada no IIº Império Alemão (1871), está ligada não a teorias filosóficas, mas a uma teoria jurídica que “se refere exclusivamente ao método segundo o qual procedem os órgãos do Estado”<sup>72</sup> e, por isso, na base da conversão do problema de limitação do poder político em problema jurídico está a teoria da personalização jurídica do Estado, uma vez que o converteu em sujeito de direito, capaz de estabelecer relações com os demais sujeitos – os súditos –, fazendo com que tais relações pudes-

sem ser efetivamente disciplinadas pelo Direito.

A doutrina do Estado de Direito, ao significar a conversão do antigo problema de limitação do poder político em problema jurídico, não o reduziu, no entanto, a uma simples vinculação à lei editada pelo Poder soberano – o Legislativo –. Através do Estado de Direito, reivindicava-se um direito igual para todos, válido universalmente, pois é a regulamentação abstrata, geral e anterior que garante a igualdade perante a lei (outro princípio fundamental do Direito Público, que, aliás, como um conjunto de regras jurídicas distintas das de Direito Privado, consolida-se nessa época), bem como a vinculação das autoridades políticas e dos cidadãos pelas leis e atos que lhe são assimiláveis. Reivindicava-se, igualmente, que a autoridade observe o Princípio da Legalidade, no exercício de seu poder discricionário.<sup>73</sup>

### 3.2 - Os poderes estatais como órgãos que exercem funções públicas

Reagindo contra o Estado de Polícia, então, a ciência jurídica oitocentista, principalmente a alemã, tratou de incorporar o valor político fundamental da burguesia ascendente, qual seja, o de controlar o exercício do poder do governo e salvaguardar os direitos fundamentais, configurando o Estado como entidade jurídica unitária cuja situação jurídica – poderes, direitos, obrigações – estivesse rigidamente determinada por normas ditadas pelo Parlamento – órgão da representação do povo.<sup>74</sup> Na

<sup>70</sup> Cf. MASUCCI (nota 62), pp. 10/11 e FROMONT, Michel. La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand. Paris: LGDJ, 1960, p. 13.

<sup>71</sup> Cf. STASSINOPOULOS, Michel. Traité des Actes Administratifs. Atenas: Collection de L’Institut Français d’Athènes, 1954, p. 18.

<sup>72</sup> STASSINOPOULOS, (nota 71), p. 18.

<sup>73</sup> Cf. FLEINER, Fritz. Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand. Paris: Delagrave, 1933, pp. 92/93 e ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea. 4ª ed. Madrid: Civitas, 1994, pp. 37/39.

<sup>74</sup> GIANINNI, (nota 37), p. 39.



figura da 'pessoa jurídica', objeto de uma ininterrupta reelaboração, os publicistas puderam encontrar um instrumento para essa reação, e a 'pessoa moral' do Estado apareceu armada de uma vontade juridicamente superior à vontade de todas as demais pessoas, físicas ou jurídicas. Laband,<sup>75</sup> tentando resolver o problema da natureza jurídica do novo Império, postula que os soberanos são "órgãos do povo" e que o Estado é mais do que a soma de todos os cidadãos: é uma pessoa jurídica real com capacidade jurídica própria que se manifesta no poder soberano. Como anota Hattenhauer "nesta definição do novo Império não figurava nem o Parlamento nem o cidadão em particular como titular de um poder jurídico relevante".<sup>76</sup>

Porque a 'pessoa jurídica' em sua última leitura se apresentava como um sujeito que não tinha capacidade de agir por si mesmo (essa capacidade era reconduzida aos seus legais representantes), os publicistas, ao advogarem a tese da personificação do Estado, viram-se diante dos seguintes problemas: se o chefe do Estado era seu 'representante' nas relações internacionais, mas não nas relações internas; se os ministros, prefeitos, procuradores da fazenda podiam adotar procedimentos administrativos e concluir contratos; se os juízes e parlamentares eram 're-

presentantes' do Estado, a tutela das partes, do cidadão, ante atos ilegítimos dos representantes do Estado não ficava diminuída? No fim das contas, o Estado e seus funcionários não restariam irresponsáveis? De modo a responder estas questões e ainda as relativas à pluralidade de representantes, aos possíveis conflitos entre os mesmos, à diminuição da tutela dos cidadãos e ante a clara impossibilidade de configurar como representantes serviços não internos, modificou-se o tipo de imputação, eliminando a intermediação do representante e configurando o serviço mesmo como ente, instrumento de imputação imediata e direta do Estado, isto é, como órgão. É por isso que o conceito de órgão se tornou o elemento estrutural da teoria da pessoa jurídica,<sup>77</sup> pois órgãos 'presentam' pessoas, isto é, atuam por elas,<sup>78</sup> e a 'pessoa jurídica' nada mais é do que uma relação de direito ou "um vínculo jurídico".<sup>79</sup> Afirma Giannini, que o conceito de órgão foi, por isso mesmo, uma "conquista civil",<sup>80</sup> pois tornou possível aperfeiçoar a tutela da liberdade e dos direitos do cidadão no confronto com o poder público e localizar apropriadamente as várias instâncias existentes em um corpo social, dando presença jurídica definida aos interesses públicos e coletivos heterogêneos.

<sup>75</sup> Cf. HATTENHAUER, (nota 53), p. 246.

<sup>76</sup> HATTENHAUER, (nota 53), p. 248.

<sup>77</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, 2ª ed., p. 282, assevera que a pessoa, sendo uma criação do direito, imputa-se capacidade de obrar. No caso das pessoas jurídicas, é o órgão, ou órgãos (em caso de distribuição de funções) que praticam seus atos, "porque os órgãos são parte dela, como o braço, a boca, o ouvido, são órgãos da pessoa física". Assim, "o órgão não representa; representa, pois é órgão" (pág. 286), e inexistente pessoa jurídica sem órgão, "inclusive sem órgão para a vida externa. Exatamente porque o órgão não representa, a pessoa jurídica é capaz de obrar" (p. 287).

<sup>78</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, (nota 77), pp. 280.

<sup>79</sup> CIRNE LIMA, Ruy. Princípios de Direito Administrativo. 6a. Ed. São Paulo: RT, 1987, pp. 63/64: "A pessoa jurídica é uma relação de direito, estabelecida entre duas ou mais pessoas, para a unificação e, não raro, para a perpetuação em unidade, quanto a bens comuns e atos determinados, das virtualidades jurídicas, insitas na capacidade de agir de cada uma (...) A essa relação de direito, a esse vínculo jurídico, dá-se a denominação de pessoa jurídica. A pessoa jurídica é, destarte, como um pré-efeito, do resultado que lhe é proposto."

<sup>80</sup> GIANNINI, (nota 37), pág. 41.

O conceito de órgão, então, fruto do constitucionalismo do séc. XIX e do organicismo alemão, passa a ser a idéia de "multiplicação de centros de poder e manifestação, no interior do Estado, de diferentes interesses e posições políticas"<sup>81</sup> ou o princípio vital de integração de vontades e de manifestação do fenômeno estatal. A tese da personalidade jurídica do Estado, que lhe é conexa, serviu à institucionalização e centralização do poder, ao substituir a vontade do monarca pela do Estado, de modo que este pudesse submeter-se ao Direito e favorecer a centralização e hierarquização da organização administrativa, concebida à maneira de um "homem em ponto grande".

Consagrada a tese da personificação do Estado, considera-se este pessoa jurídica de direito público (política), em contraposição às pessoas jurídicas de direito privado, identificam-se seus poderes com os órgãos que exercem as funções estatais (Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário), e o conceito ganha interesse, conforme Jorge Miranda,<sup>82</sup> sobretudo porque, além de propiciar "um instrumento de mediação entre a colectividade e a vontade ou poder que a unifica", explica o fenômeno da transformação da vontade individual em vontade funcional,<sup>83</sup> indica que o poder político permanece íntegro apesar da mudança dos indivi-

duos nele investidos, "ajuda a compreender, no plano da dogmática jurídica, o fenômeno da divisão do poder político, através de diversos órgãos com competência própria" e, finalmente, permite resolver problemas de responsabilidade.

Ademais, quando o Estado passa a ser uma 'pessoa jurídica' e, por isso, sujeito de relações jurídicas (como credor ou devedor), torna-se responsável juridicamente por suas ações ou omissões e, ao mesmo tempo, titular de direitos frente aos administrados. A alteração básica - relativamente à anterior teoria do Fisco - está no regime jurídico que rege tais relações: antes, direito privado, agora, um específico regime de direito público. Daí ser a nota característica do Estado Moderno o reconhecimento dos súditos como sujeitos de direito capazes de reclamar uma tutela efetiva. Segundo Jellineck, "as pretensões jurídicas que resultam de tais condições são o que se designa por direitos subjectivos públicos"<sup>84</sup> e, sob esta expressão, compreendem-se quatro relações possíveis entre o Estado e os administrados: *status subjectionis* (*status* passivo, de subordinação ou ausência de personalidade); *status libertatis* (*status* negativo, em que o indivíduo é titular de uma margem de liberdade individual, a margem da intervenção estatal); *status civitatis* (*status* positivo, em que o indivíduo tem direito à prestações) e *status activae civitatis* (situação em que o indivíduo é sujeito do poder político, tendo o direito de participar do poder).

<sup>81</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. Funções, Órgãos e Actos do Estado. (Apontamento de lições). Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990, p. 40.

<sup>82</sup> KELSEN, (nota 2) p. 42/43.

<sup>83</sup> MIRANDA, (nota 81), p. 47, defende que a noção de órgão, atualmente, explica justamente este fenômeno de "transformação da vontade psicológica (de certas pessoas físicas - os governantes e outros detentores do poder político) em vontade funcional (em vontade do Estado ou da pessoa colectiva)", isto é, a imputação: "No Estado (como, em geral, nas pessoas colectivas, verifica-se, por um lado, a definição normativa de centros de formação da vontade colectiva e, por outro lado, a atribuição a certas pessoas físicas da função de os preencherem em concreto, de agirem como se fossem o Estado a agir. E então, a vontade que estas pessoas singulares formem - uma vontade psicológica, como qualquer outra - é tida como vontade da pessoa colectiva e qualquer acto que pratiquem, automaticamente enquanto tal, a ele atribuído. Nisto consiste o fenômeno da imputação".

<sup>84</sup> JELLINECK. System des subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, p. 96, apud NOVAIS (nota 49), p. 79. Para Jellineck, os direitos subjectivos constituem pretensões jurídicas (Ansprüchen) que resultam diretamente de condições jurídicas (Zustände).

## CONCLUSÃO

Consagrou-se, enfim, no direito moderno a idéia de que a competência própria de cada órgão é uma determinação de suas tarefas, que cria a obrigação para o órgão de agir unicamente nos limites de suas funções. Dado que o primeiro elemento fundamental da noção jurídica de 'Estado de Direito' é a separação de poderes ou a separação orgânica das funções, como formulado por Montesquieu, cada função restou confiada a um órgão particular. Sendo três as funções, três grupos distintos de órgãos são formados: órgãos legislativos, órgãos administrativos e órgãos jurisdicionais, e da repartição de tarefas entre esses três grupos de órgãos, decorre a noção de 'competência funcional' ou 'competência de direção'.<sup>85</sup>

A partir daí, delineou-se um "conceito jurídico-organizatório do Estado"<sup>86</sup> que, hoje, deixou de ser adequado porque não explica as relações interorgânicas dos vários órgãos constitucionais e não oferece soluções satisfatórias para os conflitos orgânicos. Tais relações e litígios põem em causa a idéia da unidade da pessoa jurídica do Estado e a sua operacionalidade como centro de imputações de todos os atos referentes aos órgãos estatais. Por isso, o conceito jurídico-constitucional de Estado, na atualidade, perspectiva-se como "ordenação de várias funções constitucionalmente atribuídas a vários órgãos constitucionais",<sup>87</sup> de modo a aparecer 'repartida' ou 'separada' a atividade do Estado e não o seu poder: a resultante dessa divisão passa a ser uma diferenciação de funções e não a existência de vários poderes.

A Administração Pública, entretanto, per-

manece sendo descrita como uma 'pessoa' porque adquiriu uma estrutura unificada e hierarquizada, em que a competência dos diversos órgãos se encontra escalonada e encadeada à semelhança de uma pirâmide em cujo ápice se encontra, geralmente, o Chefe do Executivo, conforme esteja definido na Constituição. No Brasil, por exemplo, a Presidência da República é o órgão supremo da Administração, e a Lei 9.874/99,<sup>88</sup> além de referir serem seus preceitos aplicáveis "aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União quando no desempenho de função administrativa" (§ 1º, art. 1º), define como 'órgão' "a unidade de atuação integrante da Administração direta e da estrutura da Administração indireta" (art. 1º, § 2º, I).

No plano do direito administrativo, há sempre que se considerar também a distinção, deveras essencial, entre pessoa jurídica de direito público e pessoa jurídica de direito privado, pois, de um lado, tem-se as pessoas jurídicas de natureza política e existência necessária, que nascem com a Constituição, e em contrapartida, as "de natureza puramente administrativa e existência contingente",<sup>89</sup> que são as criadas por lei ordinária com vistas à realização de determinados fins estatais, como o provimento de determinada necessidade pública diferenciada.

Em síntese, foi a publicização da noção de pessoa jurídica, efetuada através da teoria orgânica, que tornou possível a construção dogmática do Estado de Direito, pois este é a organização política em que estão assegurados os direitos fundamentais e a separação de poderes, que nada mais é do que a rigorosa circunscrição de competências funcionais.

## A Redução Voluntária de Capital Social nas Sociedades Anônimas

Maria Honorina de Bittencourt Souza

Advogada e Assessora Técnica do Registro do Comércio

Michel Zavagna Gralha

Acadêmico de Direito

As sociedades por ações, também conhecidas como sociedades anônimas ou companhia, de natureza obrigatoriamente comercial, têm peculiaridades inconfundíveis desde sua origem.

A característica principal das sociedades anônimas é o papel relevante que se atribui ao seu capital social, aí compreendido sua formação, integridade e modificações. O tratamento cuidadoso que a legislação impõe decorre exatamente de ser este tipo jurídico, uma sociedade de capital, cujas relações de mercado vão depender de sua representatividade, garantia e integridade.

Sendo assim, as modificações do seu capital social deverão atender aos limites impostos pela legislação cuidando que se evite risco, não apenas ao próprio ente, como também a seus acionistas e investidores. O aumento ou redução do capital social deve observar as disposições legais e estatutárias. A redução, por suas consequências, mereceu maiores cuidados do legislador e pode ocorrer através do resgate, do reembolso, da cisão parcial, da inadimplência do acionista, da absorção dos prejuízos acumu-

lados ou ainda, quando o capital for considerado excessivo.

A redução do capital para absorver prejuízos ou porque foi julgado excessivo, tal como previsto nos arts. 173 e 174 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976<sup>1</sup>, é considerada uma redução voluntária, tendo tratamento diferenciado dos demais casos.

Conforme dispõe o art. 173:

*"A Assembléia Geral poderá deliberar a redução do capital social se houver perda, até o montante dos prejuízos acumulados, ou se julgá-los excessivo.*

*§1º A proposta de redução do capital social, quando de iniciativa dos administradores, não poderá ser submetida à deliberação da Assembléia Geral sem o parecer do conselho fiscal, se em funcionamento.*

*§2º A partir da deliberação de redução ficarão suspensos os direitos correspondentes às ações cujos certificados tenham sido emitidos, até que sejam apresentados à companhia para substituição."*

<sup>85</sup> STASSINOPOULOS, (nota 71), p. 18.

<sup>86</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p. 682.

<sup>87</sup> CANOTILHO, (nota 86), p. 682.

<sup>88</sup> BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Informação por correio eletrônico. [http://www.mare.gov.br/Legis/Docs/Lei9784\\_99.htm](http://www.mare.gov.br/Legis/Docs/Lei9784_99.htm). Segundo caput do art. 1º, a referida lei visa, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

<sup>89</sup> Cf. CIRNE LIMA (nota 79), p. 63.

<sup>1</sup> Publicada no Diário Oficial da União de 17 de dezembro de 1976. Suplemento, p.1.